ЕК ИП
ЕКСПЕРТЕН КЛУБ ЗА ИКОНОМИКА И ПОЛИТИКА

МЕЖДУ РЕГУЛАЦИЯТА И НАКАЗАТЕЛНАТА ПРОЦЕДУРА

ЧАСТНИТЕ ЛЕЧЕБНИ ЗАВЕДЕНИЯ В БЪЛГАРИЯ

И

ДИРЕКТИВА 2014/24
ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ

ПРАВЕН АНАЛИЗ

СОФИЯ
2024

Съдържание

1 |	Общ преглед на правото на ЕС в сферата на обществените поръчки	7
2 |	Общ преглед на Директива 2014/24	8
3 |	В обхвата на Директива 2014/24 ли са частните болници в България?	11
3.1	Понятието **“публичноправна организация”** в правния мир на ЕС	11
3.2	Анализ на условията за **“публичноправна организация”** и прилагането им към частните болници в България	14
4 |	Транспонирана ли е в България **Директива 2014/24** и как се третират частните болници спрямо обществените поръчки?	19
5 |	Сравнителен анализ на статута на частните болници в други страни от ЕС спрямо правилата за обществени поръчки	22
5.1	Германия	22
5.2	Нидерландия	24
5.3	Австрия	24
6 |	Наказателната процедура срещу България - същност на процедурата и възможен изход	25
6.1	Същност и стъпки на наказателната процедура като инструмент на ЕК	25
6.2	Статус на наказателна процедура срещу България относно Директива 2014/24	28
6.3	Възможен развой на наказателната процедура пред Съда на ЕС	30
7 |	Достъп до документи на ЕК свързани с наказателната процедура	32

Резюме
на правния анализ:

- Регулаторният режим за обществени поръчки в ЕС е плод на повече от половин век европейска интеграция и развитие на Съюзното право чрез законодателни актове и съдебна практика на Съда на ЕС. Правото на Съюза обаче не засяга компетентността на държавите членки да уреждат своите системи за обществено здравеопазване и социална сигурност.

- В наши дни основните цели, принципи и понятия в сферата на обществените поръчки са разписани в Директива 2014/24. Тя дефинира и лицата, които се считат за "възложители" на обществени поръчки, в частност "публичноправните организации" - понятие, за което се отнасят следните характеристики:

  - автономност на понятието в правото на ЕС, което води до единна дефиниция в ЕС, независеща от националните законодателства, и чиято интерпретация е обект на изчерпателната юриспруденция на СЕС
  - функционално тълкуване на условието за държавно финансиране или контрол, независещо от формалния ред и условия за прилагането му

- След прилагане на критериите, които характеризират трите условия за това кога една организация има публичноправен характер, се стига до извода, че частните лечебни заведения в България не покриват съответните изисквания и е правилно да бъдат оставени извън обхвата на Директива 2014/24 при транспонирането ѝ в българското законодателство. Причините за това са, че:

  - частните болници задоволяват нужди от частен интерес, заради естеството на правото на здраве и характера на взаимоотношенията пациент-лечебно заведение
  - дейността им има търговски характер понеже носят риск за възможните финансови загуби, преследват генерирането на печалба и плащат данък печалба
  - не се издържат от държавата, а финансирането което получават е единствено компенсация за вече предоставените услуги на пациентите

- България е транспонирала в ЗОП дефиницията за "публичноправна организация" запазвайки нейната автономност от Съюзното право, но е добавила изключение за лечебни заведения с поне 2/3 частен капитал и търговски

характер, които не биха се считали за публичноправни организации, макар да задоволяват нужди от общ интерес. Тази разпоредба е несъвместима:

- с практиката на СЕС, който приема, че търговският или промишлен характер не е абсолютна пречка за публичноправен статут
- с реалностите на българското здравеопазване и правен мир, заради имплицитното допускане от българския законодател на невярната хипотезата, че частните болници задоволяват общ, а не частен интерес

◀ Българската държава вече два пъти е пропускала възможността да включи частните болници в обхвата на ЗОП:

- първо през 2007 година, когато не ги включва изрично в приложението на тогава действащата директива
- и втори път през 2015 год. при отменено от Съда на ЕС преюдициално запитване от Административен съд София-град, заради липсваща данни, които правят невъзможно СЕС да отговори на поставения му въпрос

◀ Има висящо преюдициално запитване пред СЕС от Софийски районен съд, което има потенциал да вкара необходима допълнителна яснота в тълкуването на понятието "публичноправна организация", но решението на СЕС се очаква в началото на 2025 год.

◀ Наказателната процедура стартирана от ЕК срещу България е вече над 4 години в административната си фаза[1], която цели чрез сътрудничество между ЕК и България, да бъде изяснено потенциалното нарушение на правото на ЕС и то да бъде ефективно отстранено.

◀ ЕК не е задължена да заведе дело пред Съда на ЕС, но при евентуално производство пред СЕС, България би имала големи шансове за успех, защото:

- характера на частните лечебни заведения, ролята им в българската икономика, а и съдебната практика на СЕС обосновават

1 Дата на редакционното приключване на доклада - 3 юни 2024 година.

начина по който Директива 2014/24 е въведена в българското законодателство
- Европейската комисия е допуснала сериозни процедурни нарушения в административната фаза на наказателната процедура
- Двумесечният срок, който ЕК дава на България за отговор на допълнителното си мотивирано становище, не е в духа на принципа на лоялно сътрудничество[2] с оглед динамичната политическа обстановка в България

◀ В подкрепа на българската теза е и направеният сравнителен анализ в този доклад за транспонирането на Директива 2014/24 в други европейски държави като Германия, Австрия който показва, че те също са изключили частните болници от задължението да провеждат обществени поръчки.

- В Германия плащанията от здравноосигурителните каси не се считат за държавно финансиране, макар че самите каси са "възлагащи органи". Според немската юриспруденция тези плащания представляват възнаграждение за извършени медицински услуги, а не финансова помощ от страна на държавата.
- Според Върховния съд на Нидерландия дори болница, в следствие на три обединени църковни лечебни заведения, не се считат за публичноправна организация защото все пак носи икономически риск за дейността си с оглед необходимостта да се стреми към възвращаемост, ефективност и рентабилност.
- Австрийското законодателство има специален режим за обществени поръчки, който обхваща и частни компании, но само за определени стопански сектори и частните болници не попадат в обхвата на този режим

◀ В ход е административна процедура относно запитване за достъп до документи на ЕК свързани с наказателната процедура срещу България. До редакционното приключване на анализа ЕК не е предоставила документите, защото реши да се възползва от правото си да удължи необходимия срок за отговор с още 15 работни дни.

2 Съгласно този принцип, предвиден в член 4, параграф 3 от ДЕС, „Съюзът и държавите членки при пълно взаимно зачитане [трябва да] си съдействат при изпълнението на задачите, произтичащи от Договорите".

Настоящият анализ въвежда читателя в основните извори на правото на ЕС в сферата на обществените поръчки и в частност Директива 2014/24, що се отнася до нейните обхват и принципи. Правното становище продължава с обстойно изследване на понятието **"публичноправна организация"** като възложител на обществени поръчки с оглед съдебната практика на Съда на ЕС и възможността му за прилагане спрямо частните лечебни заведения в България. Изготвен е и сравнителен анализ по настоящия предмет на анализа със законодателството и съдебната практика в Германия, Нидерландия и Австрия. Предмет на анализа е и текущата наказателна процедура срещу България чрез очертаване на нейните характеристики и възможен изход. В заключение е отбелязан и статуса на входираното запитване за достъп до документите на ЕК свързани с течащата наказателна процедура срещу България.

1/ Общ преглед на правото на ЕС в сферата на обществените поръчки

Правото на ЕС в сферата на обществените поръчки се корени в амбицията на ЕС да създаде единен вътрешен пазар, който сближавайки стопанствата на страните членки, да допринесе за икономическия просперитет и мира в Европа. За тази цел правилата на ЕС за обществените поръчки регулират не предмета на поръчката, а процедурите и принципите при възлагането им.

В първичното право на ЕС и по специално в членове 34, 49, 56 и 63 от Договора за Функционирането на Европейския Съюз[3] са основополагащите правни норми за създаването на регулаторен режим в сферата на обществените поръчки, защото тези разпоредби допринасят за установяването на единния вътрешния пазар на Съюза. Общ режим за обществени поръчки в ЕС следва да пребори протекционистките практики на национално ниво и да стимулира свободната конкуренция в Съюза, правейки незаконосъобразно в повечето случаи даването на предимство на местни доставчици на стоки и услуги. Чрез унифициран подход към обществените поръчки корупционните практики биха били по-трудни, заради по-високото ниво на прозрачност и състезателност между предприятията и доставчиците на услуги и стоки. С оглед тези цели, европейският законодател[4] предлага и приема като част от вторичното право на ЕС няколко законодателни акта, най-важният от които за целите на този анализ е Директива 2014/24.[5] Третият стълб, който регламентира правото на ЕС в сферата на обществените поръчки е изчерпателната съдебна практика на Съда на ЕС.[6] Юриспруденцията на СЕС разяснява различните понятия що се отнася до обхвата и ефекта от приложението на Директива 2014/24.[7] За да бъдат разпоредбите на дадената директива въведени

3 Известен още като **“Лисабонски договор”.**

4 В случая компетенцията е споделена между Съвета на ЕС и Европейския парламент, защото съответното правно основание посочено в преамбюла на Директива 2014/24 го изисква (чл. 53, параграф 1, чл. 62 и чл. 114 от ДФЕС). В рамките на ЕС, законодателната инициатива е на Европейската комисия за разлика от държавите членки, където това е обикновено в правомощията на парламентите и изпълнителната власт.

5 Директива 2014/24 е достъпна на https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024 . Другите два законодателни акта са Директива 2014/23 за възлагане на договори за концесия и Директива 2014/25 относно възлагането на поръчки от възложители, извършващи дейност в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги.

6 Съдебните решения на СЕС са правнообвързващи за всички държави членки, независимо дали изводите са направени по дела свързани с национално законодателство на друга държава членка.

7 Съдът на ЕС има окончателната дума за интерпретацията на правото на ЕС, например когато има съмнения за тълкуването на дадена правна норма от директива.

в правния мир на държавите членки, правото на Съюза изисква тя да бъде транспонирана на национално ниво чрез промени в законодателството на страните членки, които да осигурят хармонизиране на местните законодателни разпоредби с дадения европейски законодателен акт.[8] В случая на директивата за обществени поръчки, срокът за транспониране е бил 18 април 2016 година.[9]

2/ Общ преглед на Директива 2014/24

Обхватът на Директива 2014/24 са правилата за процедурите за обществени поръчки, провеждани от възлагащи органи, във връзка с договорите за обществени поръчки и конкурсите за проект, чиято прогнозна стойност не е под определените прагове.[10] Директивата дава възможност на държавите в ЕС да организират системите си за социална сигурност без да бъдат засегнати от правилата за обществени поръчки.[11] Също така практиката на СЕС е установила, че правото на Съюза не засяга компетентността на държавите членки да уреждат своите системи за обществено здравеопазване и за социална сигурност.[12] Обхватът на директивата по отношение на лицата, за които се прилага, е пояснен в съображение 10 от преамбюла, където законодателят е казал, че ratione personae следва да остане непроменен, а съдебната практика на СЕС е използвана само като средство за по-добро разбиране на понятията в директивата.[13] В основните разпоредби на директивата е пояснено, че лицата, за които се отнася са така наречените „възлагащи органи“, които според ЕС са държавните, регионалните или местните органи, публичноправните организации или сдружения от един или няколко държавни, регионални или местни органа или от една или няколко публичноправни организации.[14] С този

8 Член 288 ДФЕС. Държавите членки са задължени да транспонират директивите и да съобщят за това на ЕК, за да гарантират пълната ефективност на правото на Съюза (виж дело **Комисия/Испания и Полша (C-658/19, т. 64)**).

9 Член 90, параграф 1 от Директива 2014/24.

10 Член 1 от Директива 2014/24.

11 Член 1, параграф 5 от Директива 2014/24. Това е и в следствие от чл. 6 ДФЕС, който установява, че ЕС има само компетенция за подкрепа, координиране и допълване в сферата на опазването и подобряването на човешкото здраве.

12 Виж дело **Sodemare (C-70/95, т. 27)** и дело **Blanco Pérez и Chao Gómez (C-570/07 и C-571/07, т. 43)**. Упражнявайки тази своя компетентност, държавите членки не могат да въвеждат или да оставят в сила необосновани ограничения пред упражняването на основните свободи в областта на здравеопазването.

13 Съображение 10 от преамбюла на Директива 2014/24. Според съдебната практика на СЕС (виж дело **Гражданска инициатива „Един от нас“ (C-418/18 P, т. 75)**) съображенията на акт на Съюза всъщност представляват важни насоки за тълкуване, като могат да изяснят волята на автора на този акт.

14 Член 2, параграф 1, алинея 1 от Директива 2014/24.

законодателен акт ЕС също така кодифицира[15] основополагащи принципи на правото на ЕС в сферата на обществените поръчки, които са силно повлияни и от юриспруденцията на СЕС. Това са принципите за равно третиране[16], недопускане на дискриминация[17], прозрачност[18], пропорционалност[19] и свободна конкуренция[20]. Що се отнася до критериите за самото възлагане на договор по обществена поръчка, то директивата предвижда прилагането на МЕАТ[21] принципа за икономически най-изгодната оферта, според който договорът се възлага не само спрямо най-ниската цена, а се взема под внимание най-доброто съотношение качество/цена, като отчита качествените, екологичните и социалните фактори, разходите през жизнения цикъл и иновациите.[22] Но доклад на ЕК измежду всички държави в ЕС, ЕАСТ, ЕИП и Обединеното кралство сочи, че в периода 2008-2021 год. МЕАТ принципа е използван само в 24% от случаите на поръчване на медицински продукти, докато цената остава основен фактор при 62%.[23]

Директива 2014/24/ЕС съдържа две основни групи разпоредби, пряко свързани със сектора на здравеопазването. Първият е общият режим, установен в дял II, а вторият е специалният режим за социални и други специфични услуги, уреден в глава първа на дял III.[24] Общият режим въплъщава ключови принципи като прозрачност, конкуренция и равно третиране. Специалният режим, от своя страна, допуска частично отклонение от тези принципи при специфични обстоятелства. Нещо повече, специалният режим се прилага единствено за договори за услуги, а не за договори за строителство или за доставка на стоки, които изглежда са най-често срещаните области на възлагане на обществени поръчки свързани с фармацевтични медикаменти. Но според панел от експерти на ЕК, здравеопазването има особено изразени специфики, които усложняват прилагането на правилата за обществени поръчки.[25] Тези специфики са основно в шест направления: комплексност на обществените поръчки заради медицинска същност на продуктите и услугите, намалената естествена пазарна конкуренция в сектора, необходимостта от медицинска компетентност, устойчиви инвестиции за здраве, стратегически характер на обществените поръчки в здравната сфера и взаимодействието между заинтересованите страни. Този подход към сектор здравеопазване е в контраст със специалните правила за обществени поръчки, които европейският

15 Виж чл. 18 от Директива 2014/24.

16 Виж дело **Pizzo (C-27/15, т. 36)**. Този принцип налага оферентите да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и следователно включва изискването спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия.

17 Виж дело **LB срещу Сметна Палата на България (C-195/21, т. 49**).

18 Виж дело **Cartiera dell'Adda (C-42/13, т. 44)**.

19 Виж дело **T-Systems Magyarország (C 263/19, т. 71)**.

20 Виж дело **Strong Segurança SA (C-95/10, т. 37)**.

21 Most Economically Advantageous Tender (MEAT).

22 Член 67 от Директива 2014/24.

23 Study on best practices in the public procurement of medicines, 09.2022 год., достъпен на *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ca856a7f-7c37-11ed-9887-01aa75ed71a1*

24 Виж Дял 3, глава 1 и приложение 14 от Директива 2014/24.

25 Виж становището им на *https://www.euriphi.eu/wp-content/uploads/factsheet_public_proc_healthcare_sys_en1.pdf*

законодател е разписал в Директива 2014/25 за секторите водоснабдяване, енергетика, транспорт и пощенски услуги. Следователно, един от начините държавите членки да отчетат структурната важност на сектор здравеопазване за социалните си системи и общественото здраве на своите страни е като транспонират директивата по начин, който не обременява сектора с бюрократични задължения и не ограничава свободния пазар, в следствие на което да пострада качеството и количеството на стоките и услугите за крайния потребител, в случая в ролята на пациент. Допълнителни особености на сектор здравеопазване са характерът и степента на достъпност на основния тип медицински продукт, който е необходим, за да функционира здравната система - лекарствата. Фармацевтичните компании спрямо някои свои продукти имат изключителни права за интелектуална собственост, което на практика означава, че в повечето случаи определен тип лекарства се произвеждат и доставят само от една компания, без пазарна конкуренция и без възможност да се проведе обществена поръчка. В определени случаи, когато даденият лекарствен продукт е спешно необходим обществените поръчки също не са подходяща опция за снабдяване с тях.[26]

26 Виж дело **Комисия/Испания (C-328/92)**.

3 / В обхвата на Директива 2014/24 ли са частните болници в България?

За да се даде ясен отговор на въпроса дали частните лечебни заведения в България би трябвало да попадат в режима на директивата за обществени поръчки на ЕС, следва да се анализира дали тези болници са "възлагащи органи" по смисъла на европейското законодателство.

3.1 Понятието "публичноправна организация" в правния мир на ЕС

Член 2 на директивата ясно обособява няколко вида "*възлагащи органи*" на обществени поръчки:

- **държавните, регионалните или местните органи,**
- **публичноправните организации,**[27]
- **сдружения от един или няколко държавни, регионални или местни органа или**
- **сдружения от една или няколко публичноправни организации**

Логично е да се изключи от обекта на анализа хипотезата за първия, третия и четвъртия вид възлагащи органи и фокусът да е върху въпроса дали частните болници в България представляват **"публичноправни организации"** по смисъла на Директива 2014/24. За да бъде считана една организация за публичноправна, то тя трябва да отговаря на условията, които законодателят на Съюза е предвидил в член 2, параграф 1, алинея 4, точки а) - в) от директивата, а именно:

27 Във вече отменената Директива 2004/18/ЕО за обществените поръчки се е съдържало Приложение III със списък на органите и категориите публичноправни организации, които удовлетворяват установените в нея критерии. Аналогичен списък в Директива 2014/24/ЕС не се съдържа, което показва желанието на законодателя за отворена интерпретация и преценка спрямо обстоятелствата на всеки отделен случай. Но дори и да бяха вписани частните болници, то СЕС е решил в практиката си **(виж дело C-300/07 AOK Rheinland/Hamburg, т. 42-43)**, че вписването не би представлявало необорима презумпция за такава квалификация.

- **да е създадена с конкретна цел да задоволява нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер**
- **да има правосубектност, както и**
- **да се финансира в по-голямата си част от държавни, регионални или местни органи или от други публичноправни организации; или да е обект на управленски контрол от страна на тези органи; или административен, управителен или надзорен орган, повечето от половината от членовете на който да са назначени от държавните, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации**

На основа изчерпателната съдебна практика на СЕС[28], както преамбюлът на директивата подчертава, а и от самата формулировка на нормата, се стига до извода, че тези три условия са кумулативни, тоест всички те трябва да бъдат изпълнени от дадена организация, за да се счита тя за публичноправна, като се има предвид, че трите критерия, споменати в третото условие от своя страна са алтернативни.[29]

СЕС вече е установил[30], че понятието "публичноправна организация"[31] трябва да получи самостоятелно и еднакво тълкуване навсякъде в ЕС. Понятието попада под обхвата на така наречената автономност в правото на ЕС, която е възможна, когато дадена разпоредба не съдържа изрично препращане към правото на държава членка с оглед на определяне на нейния смисъл и обхват.[32] Самостоятелността на понятието зачита изискванията за еднакво прилагане на правото на ЕС и на принципа за равенство, и прави дефиницията

28 Виж дело **Ing. Aigner (C-393/06, т. 36)** и дело **Комисия/Франция (C-237/99, т. 40)**.

29 Виж дело **FIGC (съединени дела C-155/19 и C-156/19, т. 35)** и цитираната съдебна практика **(дело IVD C-526/11 т. 20 и дело LitSpecMet C-567/15 т. 30).**

30 Виж дело **Truley GmbH (C-373/00, т. 36)** и дело **Saudaçor (C-174/14, т. 54)**. СЕС придава различен смисъл на това понятие в сферата на данъчното облагане с ДДС в сравнение с режима на обществени поръчки. Този факт обаче е ирелевантен относно автономността на понятието в правния мир на Съюза.

31 В българските преводи на делото **Saudaçor**, както в предишната директива регулираща обществените поръчки (2004/18), се използва термина "публичноправен орган", който в настоящата Директива 2014/24 и съдебна практика обаче е заменен с "публичноправна организация". В английските и немски версии на горепосочените документи се използват последователно едни и същи термини. Взимайки под внимание, че се касае и за една и съща материална разпоредба, то промяната в българския превод не ни възпрепятства за целите на анализа да прилагаме съответната юриспруденция.

32 Виж дело **Deckmyn (C-201/13, т. 14)** и дело **Padawan (C-467/08, т. 32)**.

независима от националните законодателства.[33] При автономното тълкуване трябва да се вземат предвид текстът, целите и контекстът на въпросната разпоредба, както и всички разпоредби на правото на Съюза. Чрез Директива 2014/24 европейският законодател цели да очертае достатъчно обширно приложното поле гарантирайки, че правилата, които са задължителни при възлагането на обществени поръчки, се прилагат по отношение на съвкупността от държавни образувания, които не са част от публичната администрация, но въпреки това се контролират от държавата, по-специално чрез финансирането и чрез управлението им.[34] Съдържащото се в член 2, параграф 1 от Директива 2014/24 изброяване на възможните "възлагащи органи" отличава публичноправните организации като допълнителна категория от образувания, принадлежащи по признак изпълнение на дейността си към публичната власт, които са различни от изрично посочените в тази разпоредба. Самото понятие също претърпява генезис след като е обект на много казуси и обширна съдебна практика на СЕС, което спомага за разкриване на обстоятелствата относно неговото тълкуване, както ще видим в следващите параграфи. С оглед автономността на понятието "публичноправна организация", то прилагането му към съответния контекст в България изисква обективен анализ, независещ от конкретни вътрешноправни разпоредби или различия в националните понятия транспониращи директивата.

33 Виж дело P**lanet49 (C-673/17, т. 47)**.

34 Виж дело Saudaçor (C-174/14, т. 46)

3.2 Анализ на условията за "публичноправна организация" и прилагането им към частните болници в България

Първото условие за "публичноправна организация" оказва намерението на законодателя на Съюза да наложи задължителните правила за обществени поръчки само на субектите, създадени с конкретната[35] цел да задоволяват нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, и чиято дейност отговаря на подобни нужди.[36] Това условие съдържа три критерия, всеки от които следва да бъде изпълнен. Първо, волята на европейския законодател е ясно засвидетелствана от използването на термина "конкретна цел"[37] за налагането на задължителните правила за обществените поръчки само на субектите, създадени със специфичната цел да задоволят нужди от общ интерес, които нямат промишлен или търговски характер, и чиято дейност отговаря на подобни нужди. Второ, преди повече от 20 години СЕС пояснява, че независимо дали от създаването си или от по-късен етап, съответният субект трябва да осигурява ефективно задоволяването на нужди от общ интерес[38], като поемането на такива нужди трябва да може да се констатира обективно.[39] Трето, преценката дали дейността е от промишлен или търговски характер се прави имайки предвид всички релевантни правни и фактически елементи, като обстоятелствата, предхождащи създаването на съответната организация, и условията, при които тя упражнява дейността си, насочена към задоволяване на нужди от обществен интерес, в това число по-конкретно липсата на конкуренция на пазара, липсата на намерение за преследване на печалба, непоемането на рисковете, свързани с упражняването на дейността, както и евентуалното публично финансиране на съответната дейност.[40] СЕС също така е постановил, че ако въпросната организация действа при нормалните условия на пазара, преследва печалба и

35 Следва да се отбележи, че в английските и немски езикови версии както на старата директива (2004/18), така и на актуалната директива (2014/24) са използвани едни и същи думи, съответно "specific" и "besonderen", а българският превод претърпява промяна от "специфична" към "конкретна". Въпреки това, а и с оглед, че в българския превод на предложението на ЕК за директива 2014/24 е записано "създадени с цел или със специално предназначение", което в последствие еволюира в преговорите, може да се заключи, че двете думи са взаимозаменяеми и в случая се използват като синоними.

36 Виж дело **FIGC (съединени дела C-155/19 и C-156/19, т. 36)** и дело **LitSpecMet (C-567/15 т. 35)**.

37 Виж дело **LitSpecMet (C-567/15 т. 35)**.

38 Въпреки че в директивите от 2004-та и от 2014-та год. се използват едни и същи думи в английската и немска версии, а именно "general interest" и "allgemeininteresse liegende Aufgaben", преводът на български отново претърпява промяна в рамките на 10 години от "обществен" към "общ". Следва да се отбележи, че понятието "нужди от обществен интерес" трябва да се разграничи от концепцията за "услуги от общ икономически интерес". Последната е добре позната от първичното право на ЕС (виж членове 14 и 106 от ДФЕС, и Протокол 26 към ДФЕС) и от конкурентното право на ЕС в частта му за регулиране на държавните помощи и съответната съдебна практика на СЕС. В член 1, параграф 4 директивата за обществени поръчки изключва от обхвата си въпроса кои услуги държавите членки считат за "услуги от общ икономически интерес".

39 Виж дело **Universale-Bau и др. (C-470/99, т. 63)**.

40 Виж дело **LitSpecMet (C-567/15 т. 43)** и дело **Korhonen (C-18/01, т. 59)**.

понася загубите, свързани с извършването на тези дейности, е малко вероятно нуждите, които цели да задоволи, да имат характер, който не е промишлен или търговски.[41] Прилагайки критериите на първото условие за "публичноправна организация" към характера на частните лечебни заведения в България и тяхната дейност се стига до извода, че то не е изпълнено. Спрямо първият критерий, болниците, без значение от собствеността им, предоставят медицински услуги на отделни граждани, а не третират цели групи от обществото. Освен това всеки гражданин има индивидуалното право на медицинска грижа[42], независимо от възможността да принадлежи към определена социална, етническа, възрастова или друга група. Правото на здраве е частно, лично и неимуществено право уредено освен в Конституцията на България, също така и в редица международни спогодби, които са част от вътрешното право на страната.[43] Правото на здраве е предоставено на съответния индивид и следва да се различава от понятието "обществено здраве". Индивидуалното право на достъп до медицински грижи също така не се влияе и от здравословното състояние на останалите индивиди, които биха принадлежали към същата група. Дори и лечебните заведения да са специализирани в предоставянето на услуги към определени групи пациенти като например хората с онкологични заболявания или бременните жени, то правоотношенията на съответния пациент с болницата се разглеждат индивидуално от тези на останалите пациенти. Следователно болниците по принцип задоволяват нужди от частен интерес. Да се твърди обратното би било злоупотреба с правото и би довело до абсурдния извод, че едва ли биха съществували услуги, които да не са от общ характер. Ако вземем предвид, че болниците в случая са частни и в определени случаи предоставят медицински услуги, които не са покрити от НЗОК[44], то това само потвърждава аргумента, че се задоволяват нужди на индивида, а не на обществото или определени групи от него. За обективно установяване на целта, с която са създадени частните лечебни заведения може да се използват учредителните документи, управленска програма и др. Услугите от общ интерес са обикновено такива, които не се задоволяват от пазара и държавата сама е избрала да осигури или желае да запази решаващо влияние върху тях.[45] С оглед третия критерий, характерът на дейността на българските частни лечебни заведения е чисто стопански. Търговският профил на дейността на частните болници е в следствие на конкуренцията на пазара на предоставяне на медицински услуги, която се увеличава в последните 15 години. Потвърждение за това е нарастващата гъстота на болничните легла, която е над

41 Виж дело Комисия/Испания (съединени дела **C-283/00 т. 81 и 82**).

42 Член 81 от Закона за здравето във връзка с член 52 от Конституцията на България.

43 Виж "Право на здраве и право на здравно осигуряване" от доц. Ивайло Стайков, достъпен на https://mpra.ub.uni-muenchen.de/113403/1/MPRA_paper_113403.pdf

44 Услугите покрити от здравната каса са уредени в Националния рамков договор за медицинските дейности за 2023-2025 г. НЗОК заплаща за диагностика и лечение на здравноосигурени граждани по 267 клинични пътеки. Извън обхвата на основния пакет от здравни дейности, гарантиран от бюджета на НЗОК, здравноосигурените лица имат право и на допълнително поискани услуги, свързани с оказването на медицинска помощ, както и на предпочетен от тях лекар или лекарски екипи, като медицинската помощ се заплаща по цени, определени от съответните лечебни заведения.

45 Виж обединени дела **Agora (C-223/99 and C-260/99, т. 36-37)**.

средната за ЕС.[46] Паралелно с това броят на частните болници през 2010 е бил 88[47], а в края на 2022 се увеличава до 158[48] от общо 341 болници в страната. Докато тенденцията в ЕС е лекуването на пациенти извън болниците, то в България болничната помощ е основен стълб при лечение и страната има най-висок дял на прием в болница в ЕС. Друг фактор, който затвърждава стопанският характер на дейността на частните лечебни заведения е фактът, че те преследват генерирането на печалба и плащат данък печалба.[49] Също така частните болници поемат риска, свързан с упражняването на дейността си тъй като българската държава не е кредитор от последна инстанция за тях или дружество-майка, което да поема евентуално финансови загуби в следствие на неразумни управленски решения. Случаите, когато държавата спасява болници от фалит в България, са винаги свързани с държавни или общински лечебни заведения.[50] Дори и при хипотеза, в която биха липсвали социално-икономически аргументи за стопанския характер на дейността, то както вече установихме, тя има частен, а не общ характер, а и частните лечебни заведения не са създадени с цел задоволяване на общи нужди.

Второто условие по член 2, параграф 1, алинея 4 изисква публичноправната организация да има правосубектност, тоест да е самостоятелен организационно и имуществено обособен правен субект, който може да бъде носител на права и задължения. В случая на частните лечебни заведения в България, те притежават такава правосубектност, защото се регистрират по Търговския закон, Закона за кооперациите, по законодателството на друга държава от ЕС или като част от държавната администрация.[51] Следователно второто условие е изпълнено.

Третото условие за "публичноправна организация" се отнася до публичния характер на финансирането или контрол от страна на държавата. Фокусът тук е върху фактора финансиране, защото държавата няма управленски контрол над частните лечебни заведения, нито назначава

46 Анализ на ОИСР за сектор здравеопазване в България през 2023 година. Достъпен е на https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/bulgaria-country-health-profile-2023_8d90f882-en#page9

47 Анализ на Европейската обсерватория за здравни системи и политики относно състоянието на здравната система в България. Достъпен на https://eurohealthobservatory.who.int/docs/librariesprovider3/country-health-profiles/chp2023pdf/chp-bulgaria2023.pdf?sfvrsn=d378a43f_3&download=true

48 По данни на НСИ https://nsi.bg/bg/content/3310/%D0%BB%D0%B5%D1%87%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D0%B8-%D0%B8-%D0%B7%D0%B4%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BD%D0%B8-%D0%B7%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B4%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F-%D0%BD%D0%B0-3112

49 Закон за корпоративно подоходно облагане определя като свои субекти търговските дружества, каквито частните лечебни заведения са, и не предвижда облекчение или по-специфичен режим на облагане спрямо предмета на дейност или бранша принадлежност.

50 Многобройни публикации съобщават за задлъжнялостта на държавните болници и необходимостта от преференциални заеми и други мерки, за да не фалират, например https://dariknews.bg/regioni/plovdiv/spasqvat-belodrobnata-bolnica-s-bezlihven-zaem-156155 , https://banker.bg/2024/05/03/%D0%BA%D0%BE%D1%82%D0%B5%D0%BB-2/, https://www.mediapool.bg/darzhavni-bolnitsi-topyat-dalgove-s-bankovi-krediti-za-80-mln-leva-news356589.html?; https://www.mediapool.bg/nzok-prodalzhava-finansiraneto-na-bolnitsi-po-milost-news352963.html Хипотеза, при която частни болници се нуждаят от държавни средства би попаднала в обхвата на държавните помощи, които при определени условия изискват нотифициране и одобрение от ЕК.

51 Член 3, алинея 1, член 5 и член 37 от Закона за лечебните заведения. Частни лечебни заведения за извънболнична помощ е възможно да се регистрират и като физически лица или еднолични търговци.

управителните им или надзорни органи. Съгласно практиката на Съда съответната норма не съдържа никакво уточнение относно подробните правила, съгласно които трябва да се извършва финансирането, за което става въпрос в тази разпоредба, нито се изисква дейността на разглежданите организации да бъде пряко финансирана от държавата или от друго публичноправно образувание, за да бъде изпълнено въпросното условие.[52] При интерпретацията на алтернативните критерии на третото условие в член 2, параграф 1, алинея 4 СЕС припомня, че трябва да им бъде дадено функционално тълкуване, независещо от формалния ред и условия за прилагането им, въпреки че тази необходимост не допуска да се прави разграничение според формата и правния режим, приложим за съответния субект по силата на националното право или според правната форма на разпоредбите, създаващи този субект.[53] Разпоредбата на директивата говори за финансиране "в по-голямата си част", което СЕС е тълкувал, че означава повече от 50%.[54] За да се прецени процентът публично финансиране на дадена организация трябва да се вземе в предвид целият и доход, включително и този от дейност с търговски характер.[55] Освен количествен характер, финансирането има и качествено измерение, а именно правната основа за получаване на заплащане и икономическата му обосновка. СЕС пояснява, че финансирането от държавата представлява прехвърляне на финансови средства без конкретна насрещна престация, с цел да се подкрепи дейността на съответната организация или образувание.[56] Финансирането включва освен директните трансфери на средства, така и непрякото финансиране, например такси установени със закон.[57] В конкретния случай на България, НЗОК предоставя финансови средства както на държавните, така и на частните лечебни заведения. Тези средства за частните болници обаче са за извършени медицински дейности от тях според фиксирани цени, а не за обща издръжка.[58] Всички други разходи, които едно частно лечебно заведение има, се определят от неговата търговска дейност, например размер на заплатите на персонала, комунални разходи, технологично оборудване и т.н. Възприемането на твърде широко тълкуване на този критерии, включвайки трансфери от НЗОК срещу предоставени медицински услуги, би създало опасност от изопачаване на необходимостта да се докаже съществуването на тясна зависимост на въпросната организация от публичната власт, както и да лиши от полезно действие другите два критерия.[59] Заключението е, че и това трето условие, както първото, за публичноправен характер на частните болници не е изпълнено в България.

52 Виж дело **AOK Rheinland/Hamburg (C-300/07, т. 51)**.

53 Виж дело **BFI Holding (C-360/96, т. 62)**, дело **Комисия/Испания (C-214/00, т. 55 и 56)** и дело **IVD (C-526/11 т. 21)**.

54 Виж дело **University of Cambridge (C-380/98, т. 33)**.

55 Виж дело **University of Cambridge (C-380/98, т. 36)**.

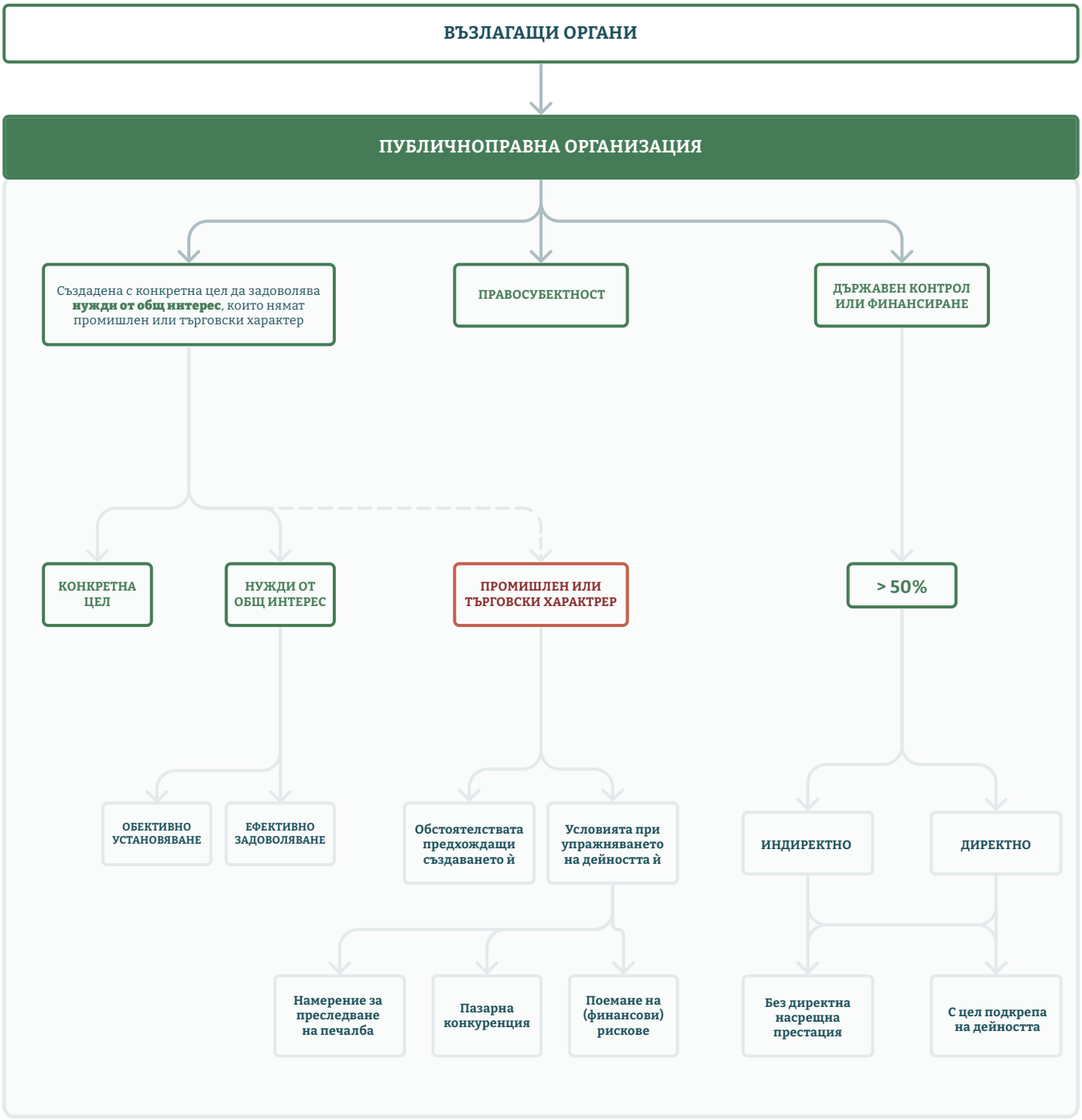
56 Виж дело **IVD (C-526/11 т. 22)** и дело **University of Cambridge (C-380/98, т. 21)**.

57 Виж дело **Bayerischer Rundfunk (C-337/06, т. 57-60).**

58 Член 2, алинея 3 от Закона за здравното осигуряване.

59 Виж дело IVD **(C-526/11 т. 38).**

Диаграма №1 *Схематично изражение на логическия алгоритъм за дефиниране на понятието "публичноправна организация" водейки се от юриспруденцията на СЕС*



4 / Транспонирана ли е в България Директива 2014/24 и как се третират частните болници спрямо обществените поръчки?

България е транспонирала Директива 2014/24 чрез промени в редица свои законови и подзаконови нормативни актове.[60] Основните и съотносими към конкретния казус поправки в националното ни законодателство са промените в Закона за обществените поръчки (ЗОП).[61] Транспонирането се извършва в постановения от директивата срок, както е отбелязано в доклад на ЕК.[62] Още с изменения ЗОП от февруари 2016-та година, с който България нотифицира Комисията, че директивата е транспонирана, дефиницията за "публичноправна организация" е въведена на практика огледално на текста от директивата, като са добавени и пояснения от юриспруденцията на СЕС относно промишления или търговски характер на нуждите от общ интерес.[63] Българският законодател също така изрично е пояснил, че ако едно лечебно заведение е с поне 2/3 частен капитал, е финансирано или контролирано от държавата и има търговски или промишлен характер не се счита за публичноправна организация, дори и да задоволява нужди от общ интерес.[64] Този вид транспониране от страна на България е израз на преценката, която държавата има при въвеждането на разпоредби от директивата, които са израз на минимална хармонизация на правото на ЕС в дадена сфера. При минималната хармонизация директивата задава минималните изисквания, които държавите членки трябва да спазват, като същевременно им предоставя възможността да въведат по-строги национални мерки. Това позволява на държавите да адаптират своето законодателство според специфичните национални нужди и контексти, без да противоречат на основните цели и принципи на директивата.[65] Такъв е и случаят с член 2, параграф 1, алинея 4 от Директива 2014/24 в частта му за понятието "публичноправна организация", защото целта, структурата и текстът на разпоредбата, макар и да съхраняват нейната автономност, не изключват възможността държавите членки да въвеждат изключения, които да бъдат изключвани от обхвата на дефиницията. Дори и в тази

60 Закон за обществените поръчки, Закон за изменение и допълнение на ЗОП, Правилник за прилагане на ЗОП, Закон за горите и др.

61 https://lex.bg/bg/laws/ldoc/2136735703

62 Виж таблица 1 от приложението към Доклада на ЕК относно прегледа на практическото прилагане на единния европейски документ за обществени поръчки, 17.05.2017 год.

63 Параграф 2, точка 43 от Допълнителните разпоредби към ЗОП.

64 Колизия с автономността на понятието "публичноправна организация" в случая е избегната, защото българският законодател не е променил дефиницията, а по-скоро е пояснил обхвата като въвежда изключение от него.

65 Виж дело **Rätti (C-148/78)** и дело **Gallaher (C-11/92)**

хипотеза, когато българският законодател имплицитно приема, че би било възможно болници с предимно частен капитал да задоволяват нужди от общ интерес, което е в противовес на настоящия анализ, остава неизпълнен критерия от второто условие, а именно, че дейността на частните болници в България не променя търговския си или промишлен характер. Тази разпоредба реално би била в ущърб на България при едно дело пред СЕС, защото СЕС приема в практиката си, че промишленият или търговски характер не е абсолютна пречка за лишаване на една организация от нейния публичноправен характер.[66] Затова, ако е необходима промяна в ЗОП, то тя трябва да е в обратна на посочената от редица обществени и ЕК посока, а именно към по-консервативна норма на закона - или премахване на изключението, или изменение на разпоредбата, така че изрично да изключва частните лечебни заведения отчитайки всички особености на юриспруденцията на СЕС.

Отделно следва да се отбележи, че когато българската държава е имала възможността изрично да посочи частните лечебни заведения в обхвата на директивата за обществени поръчки на ЕС, която е била в сила при приемането ни в ЕС, то България не го е сторила.[67] В периода между влизането на България в ЕС през 2007 година, когато Директива 2004/18 е била в сила, до 2014 год., когато Директива 2014/24 я заменя, България е имала втори шанс да изясни юридически настоящия въпрос, но този път не по законодателен, а по съдебен ред. Административен съд София-град отправя преюдициално запитване,[68] чиито въпроси и предмет са изключително сходни с основния въпрос разглеждан в настоящия анализ с оглед фактическата и юридическа обстановка по това време. Българският съд поставя пред СЕС въпроса дали като „задоволяване на нужди от обществен интерес“ може да се приеме предоставянето на медицински услуги в условията на реална конкуренция от частни търговски дружества, създадени с цел печалба.[69] В мотивите на запитването си[70] Административен съд София-град правдиво отбелязва, че докато този въпрос не се изясни от СЕС, то всяка от заинтересованите страни може да се позовава на съдебната практика в своя полза. За съжаление на академичната общност, както и на заинтересованите страни в сектор здравеопазване, СЕС обявява за явно недопустимо преюдициалното запитване, защото българският съд не посочва никакви данни, въз основа на които СЕС може да получи информация относно наличието на сигурен трансграничен интерес в главното производство. Все пак производството по делото в България завършва през февруари 2017 година с решение, в което АССГ отчита промяната в ЗОП в следствие на транспонирането на Директива

66 Промишленият или търговски характер не е абсолютна пречка за лишаване на една организация от нейния публичноправен характер, което е отчетено от практиката на СЕС, виж дело **LitSpecMet (C-567/15 т. 40)**.

67 Виж Приложение 3 на Директива 2004/18 https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L0018:20140101:BG:HTML#tocId121; Виж дело **АОК Rheinland/Hamburg (C-300/07 Am. 42-43)**, където СЕС отрича, че вписването би представлявало необорима презумпция за такава квалификация.

68 Виж дело **Х. М. срещу АДФИ (C-129/15)**.

69 Друг от въпросите се отнася до изясняване на тогава действащите в ЗОП праг от 30% държавно финансиране в комбинация с липсата на кумулативност, като и двете са противоречали на разпоредбите в директивата.

70 Определение №1058 от 04.03.2015 год. на АССГ по дело номер 9123.

2014/24 и решава, че частното лечебно заведение в случая не трябва да се счита за публичноправна организация и съответно не попада в обхвата на ЗОП.[71]

В момента има течащо друго преюдициално запитване, но този път от Софийски районен съд, в което отново легалната дефиниция за „публичноправна организация“ ще е част от основния фокус на делото.[72] С оглед на това, че преюдициалното запитване е отправено на 30 август 2023, то решението на СЕС отчитайки натовареността на Съда и средната продължителност на такива производства от 16.8 месеца,[73] е вероятно да бъде оповестено в началото на 2025 година.

71 Решение №827 от 13.02.2017 год. на АССГ по дело номер 9123.

72 Виж дело **NV срещу АДФИ (C-550/23).**

73 Виж статистиката на СЕС достъпна на *https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/en_ra_2023_cour_stats_web_bat_22042024.pdf*

5/ Сравнителен анализ

на статута на частните болници в други страни от ЕС спрямо правилата за обществени поръчки

Разглеждайки транспонирането на Директива 2014/24 и нейните понятия в националното законодателство на държавите членки се забелязва, че страни с по-дългогодишни традиции от България в пазарната икономика, по-напреднали медицински услуги и основни двигатели на европейската интеграция всъщност въвеждат изискванията на европейския закон по същия начин както българската държава.

5.1 Германия

Германия транспонира на федерално ниво[74] директивата чрез Закона за модернизирането на обществените поръчки (VergRModG)[75], Наредбата за модернизирането на правото на обществени поръчки (VergRModVO)[76] и Обявлението на указания за провеждане на процедура за предквалификация.[77] VergRModG въвежда със своя член 1 промени в Закона срещу ограничаването на конкуренцията (GWB)[78], чийто членове[79] 98 и 99 въвеждат от своя страна понятията "възложител на обществени поръчки" и "публичноправна организация" съгласно текстовете на Директива 2014/24 без да се правят пояснения свързани с частните лечебни заведения в Германия.

Немската съдебната практика потвърждава, че болниците са създадени за изпълнение на задачи в обществен интерес, а именно за здравно обслужване на населението.[80] Регулирането на пазара на здравни услуги, особено чрез планиране на регионално ниво, не превръща дейността на болниците в търговска, дори когато се осъществява от частни

74 Заради федералната си структура и разпределението на компетенции в дадени области, отделните провинции имат право да определят специфични правила в сектор здравеопазване (Виж чл. 30, 72 и 74 от Основния закон на Германия). Що се отнася до прилагането на местните разпоредби за обществени поръчки към частните болници в Германия, то само няколко провинции ги прилагат чрез специални местни изисквания.

75 Виж член 1 от Vergaberechtsmondernisierungsgesetz (VergRModG).

76 Виж Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO).

77 Виж Bekanntmachung der Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens.

78 Виж Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

79 В немския правен мир и език, тези разпоредби са обозначени със знака за параграф и се използва думата "Paragraf", но за целта на този анализ ще съблюдаваме българския аналог при строеж на нормативните актове, а именно "член".

80 Виж юриспруденция на немските трибунали разглеждащи казуси свързани с обществени поръчки: **VK Nds., Beschl. v. 14. 7. 2020 – VgK-13/2020 –, Rdnr. 84; VK Bad.-Württ., Beschl. v. 17.6.2011 – 1 VK 29/11 = IBRRS 2012, 0635**; Върховен окръжен съд **Naumburg, Beschl. v. 17.2.2004 – 1 Verg 15/03 = NVwZ 2004, 1023**.

субекти с цел печалба.[81] Това се дължи на регулаторната рамка, която им придава специален статут, обусловен от държавната намеса, както и на планирането на пазара на здравни услуги на регионално ниво. За разлика от университетските болници[82] или болниците за професионални травми[83], частните и църковните болници не са преобладаващо финансирани от държавата или подложени на държавен контрол.[84] Преобладаващо финансиране (> 50%) от страна на публични органи се разбира като трансфер на финансови средства без специфична насрещна престация, с цел подкрепа на дейността на съответното учреждение.[85] Оценката се основава на общите средства, с които разполага субектът през годината, в която се обявява въпросната поръчка.[86] Класифицирането на болничното заведение като "функционален възложител" е валидно за цялата година, а не само за конкретен проект. Плащанията от здравноосигурителните каси не се считат за държавно финансиране, макар че самите каси са "възлагащи органи".[87] Тези плащания представляват възнаграждение за извършени медицински услуги, а не финансова помощ от страна на държавата.[88] Само в изключителни случаи като тези посочени в член 99, алинея 4 от GWB за например изграждането на нови болници с публични средства са задължени да провеждат обществени поръчки.[89] Друго изключение, което потвърждава съществуването на дискутираното правило[90], е наборът от разпоредби (в случая бидейки lex specialis) съдържащи се в Закона за финансирането на болниците, Наредбата за управлението на структурния фонд за болниците, както и Насоките за финансиране на проекти от този фонд.[91] В този конкретен случай при използването на средства получени от специалния държавен фонд е изрично упоменато, че частните болници трябва да спазват общите правила за обществени поръчки.

81 За подробен анализ на статута на частните болници в Германия виж академичната публикация "**Private Krankenhausträger als Regelungsadressaten des Vergaberechts**" публикувана в Правен журнал по медицинско право, 2022 год. от д.ю.н. Торбен Гьоц, адвокат по медицински право в кантората Schmidt, von der Osten & Huber Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB.

82 Виж юриспруденция на немските трибунали разглеждащи казуси свързани с обществени поръчки: **VK Rheinland, Beschl. v. 23.3.2020 – VK 8/20 – B = VPR 2020, 213**.

83 Виж юриспруденция на немските трибунали разглеждащи казуси свързани с обществени поръчки: **VK Südbayern, Beschl. v. 7.3.2014 – Z3-3-3194-02-01/14 = NZBau 2014, 462**.

84 Виж академичната публикация на Reit-Born/Weiner, във второто издание на "Krankehnhausrecht" на Huster/Kaltenborn 2017.

85 Върховен окръжен съд **München, Beschl. v. 19.3.2019 – Verg 3/19 = NZBau 2019, 670**.

86 Виж юриспруденция на немските трибунали разглеждащи казуси свързани с обществени поръчки: **VK Berlin, Beschl. v. 11. 12. 2020 – VK-B 2-54/20, Rdnr. 93**; Върховен окръжен съд **Naumburg, Beschl. v. 17. 3. 2005 – 1 Verg 3/05 = Zf BR 2005, 501**; Академична публикация от Dörr, в сборник с правни коментари относно правото на обществени поръчки Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, §99 GWB, Rdnr. 55.

87 Виж дело **AOK Rheinland/Hamburg (C-300/07)**.

88 Върховен окръжен съд **München, Beschl. v. 19. 3. 2019 – Verg 3/19 = NZBau 2019, 670**; Върховен окръжен съд **Celle, Beschl. v. 13.10.2016 – 13 Verg 6/16 = NZBau 2017, 51–56; VK Nds., Beschl. v. 8.6.2020 – VgK-09/2020.**

89 Виж становището на **Vergabekammer Niedersachsen** от 25 април 2018 **(Az. VgK-07/2018)**.

90 **"Exceptio probat regulam in casibus non exceptis"** е аргумент изказан от Цицерон по време на защитата му на Луциус Балбус през 56 година пр. Н.Е.

91 Виж точка 5.2. от Förderrichtlinie zum KHZG във връзка с член 21, алинея 2 от Krankenhausstrukturfonds-Verordnung и член 14 от Krankenhausfinanzierungsgesetzes.

5.2 Нидерландия

В Нидерландия понятието "публичноправна организация" и Директива 2014/24 са транспонирани в местния Закон за обществени поръчки, в частност член 1, параграф 1.[92] В Нидерландия още преди приемането на Директива 2014/24, както и преди последващия етап на либерализиране на здравеопазването, местната съдебна практика е приела, че дори и болница, създадена в следствие на обединение от три църковни болници и имаща правосубектност бидейки учредена като фондация, не попада в обхвата на публичноправна организации. Според решението на местния Върховен съд по делото Amphia дори и да няма мотив за печалба и да липсва конкуренция, болницата все пак носи икономически риск за дейността си с оглед необходимостта да се стреми към възвръщаемост, ефективност и рентабилност.[93]

5.3 Австрия

Австрия от своя страна също транспонира директивата и ключовите ѝ дефиниции по сходен на България и Германия начин. Във Федералния закон за обществените поръчки Австрия въвежда в член 4 понятието за "публичноправна организация" така както Съюзния законодател е предвидил и не добавя изключения или пояснения за болниците, независимо от техния частен или държавен характер.[94] Австрия е създала специален режим за обществени поръчки, който обхваща и частни компании, но само за определени стопански сектори - газ, отопление, електричество, водоснабдяване, транспорт, пощенски услуги, проучване за полезно изкопаеми, пристанища и летища.[95]

92 Достъпен на https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02/0#Deel1

93 Решение на Hoge Raad по дело **C06/022HR** от 01.06.2007 год. достъпно на https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2007:AZ9872

94 Виж https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40207105/NOR40207105.pdf

95 Виж параграфи **170-176 от BVergG 2018**.

6/ Наказателната процедура срещу България - същност на процедурата и възможен изход

Според членове 17 от Договора за ЕС 258 от Договора за Функциониране на ЕС, Европейската комисия има прерогатива да следи дали държавите членки спазват правилно и навременно европейското законодателство, и ако това не е така да предприеме необходимите действия според Договорите. Основните видове нарушения на правото на ЕС, за които ЕК следи, са четири вида: неуведомяване за взети мерки, несъответствие с изискванията на директивите, нарушения на Договорите, регламентите или решенията или неправилно прилагане на правото на ЕС.

6.1 Същност и стъпки на наказателната процедура като инструмент на ЕК

В ролята си на "Пазител на Договорите",[96] Европейската комисия може да започне производство за обективно констатиране за неспазване от страна на държава членка на задълженията ѝ по ДФЕС или по акт от вторичното право и дава възможност да се установи и дали държава членка е нарушила правото на Съюза в даден случай.[97] Процесът предвиден в член 258 от ДФЕС е широко познат като "наказателна процедура". От гледна точка на държавата членка, наказателната процедура ѝ дава шанс да се защити или да се съобрази с мнението на ЕК и да отстрани нарушението на Съюзното право.

Стартирането на процедурата не означава, че има правен спор между ЕК и страна членка, нито, че процедурата е създадена да защити интересите на самата Комисия.[98] Според Съда на ЕС не се прилага съдебен контрол върху преценката на ЕК дали е целесъобразно да се образува такова производство.[99] Наказателната процедура има две фази - административна (досъдебна/предсъдебна) и съдебна. Целта на административната фаза е чрез сътрудничество между ЕК и съответната държава членка, да бъде изяснено потенциалното нарушение на правото на ЕС и то да бъде ефективно отстранено. Заради това Европейската комисия стартира административната част на

96 Член 17, параграф 1 от ДЕС.

97 Виж дело **Комисия/Полша (C-336/16, т. 61 и 62)**.

98 Виж дело **Комисия/Гърция (C-394/02, т. 15)**.

99 Виж дело **Комисия/Унгария (C-66/18, т. 56)**

наказателната процедура с официално уведомително писмо до съответната държава, която има два месеца да предостави отговор. Този неформален диалог може да има своето негативно за държавата развитие, ако отговорът на страната не удовлетворява ЕК или ако такъв отговор липсва. В такъв случай Комисията изпраща мотивирано становище, което представлява официално искане за спазване на правото на ЕС и приканва държавата да информира ЕК за мерките, които са взети за изпълнение на нейните задължения в дадения срок, който също е два месеца. Ако държавата продължава да не привежда националното си законодателство в съответствие със Съюзното право, Европейската комисия може да сезира Съда на ЕС.[100] До съдебен спор обаче се стига в около 10% от казусите, защото държавите спазват своите задължения още в рамките на административната процедура.[101] В съдебната фаза на наказателната процедура, СЕС има за задача да реши дали държавата членка не е изпълнила свое задължение и ако това се установи, то държавата е длъжна да предприеме мерки, за да изпълни съдебното решение.[102] Държава членка може да използва като аргументи в своя защита по време на съдебната фаза някои сериозни процедурни нарушения на ЕК, които са били установени в съдебната практика на СЕС като например:

- липсата на споменаване в официалното уведомително писмо от ЕК на определено неизпълнение на задължения произхождащи от правото на ЕС, които обаче се споменават на по-късен етап в мотивираното становище на Комисията[103]
- разминаване между аргументите на ЕК в досъдебната фаза и по време на делото[104]
- недостатъчен срок даден в мотивираното становище на ЕК относно предприемането на мерки, които да осигурят съответствие с правото на ЕС[105]

Съдебното решение на СЕС обаче има само декларативен характер и СЕС не може да анулира или измени национален акт, който противоречи на Съюзното право, нито може да спре нарушение на правата на частноправен субект или да го обезщети.[106]

Когато ЕК реши, че държавата не се съобразява с постановеното съдебно решение, тя дава възможност на засегнатата страна да изложи своите съображения и в зависимост от отговора, Комисията може отново да сезира Съда на ЕС предявявайки пред СЕС налагането на еднократно платима сума или периодична имуществена санкция, която страната да заплати. При установяване от СЕС, че въпросната държава не се е съобразила с първоначалното съдебно решение, той може да ѝ

100 Виж член 258 ДФЕС. ЕК не е задължена да започне съдебно производство пред СЕС. Виж дело **Star Fruit (C-247/87, т. 11).**

101 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/bg/MEMO_12_12

102 Член 260, параграф 1 от ДФЕС.

103 Виж дело **51/83 Комисия/Италия**.

104 Виж дело **279/94 Комисия/Италия**.

105 Виж дело **293/85 Belgian Minerval**.

106 Margot Horspool, Matthew Humphreys and Michael Wells-Greco, European Union Law (Core Text Series, 9th edn, Oxford University Press 2016) 224. Виж дело Thelen Technopark Berlin GmbH (C-261/20, т. 40.)

наложи заявените от ЕК санкции.[107] Комисията предлага на Съда сумите на финансовите санкции, но Съдът, упражнявайки правото си на преценка определя сумите, които счита за подходящи според обстоятелствата и пропорционални както на установеното нарушение, така и на платежоспособността на съответната държава членка.[108] Но Договора от Лисабон предоставя на Европейската комисия един новаторски инструмент, член 260, параграф 3 от ДФЕС, който цели да намери ефективно решение на проблема с липсата на транспониране на директивите. В рамките на тази нова разпоредба, Комисията играе решаваща роля като първо звено от веригата - тя разполага с правомощието да започне процедурата, предвидена в член 258, и да я съчетае с искане по член 260, параграф 3, като предложи налагането на еднократно платима сума и/или на периодична имуществена санкция с определен размер. Евентуален спор по отношение на това дали съобщените мерки за транспониране или съществуващите правни норми от националния правен ред са достатъчни по своя характер се решава в рамките на нормалната процедура за правилно транспониране на директивата по силата на член 258.[109]

Диаграма №2 *Протичане и фази на наказателната процедура по член 258 ДФЕС*

107 Член 260, параграф 2 от ДФЕС.

108 Виж дело, **Комисия/Испания (C-658/19, т. 63 и 73)** и дело **Комисия/Ирландия (C-550/18, т. 81)**.

109 Съобщение на Комисията — Прилагане на член 260, параграф 3 от ДФЕС **(2011/C 12/01)**.

6.2 Статус на наказателна процедура срещу България относно Директива 2014/24

На 24 януари 2019 година, Европейската комисия стартира процедура № 2018/2268 за нарушение съобщавайки, че изпраща до България официално уведомително писмо относно съответствието на нотифицираното от страната национално законодателство, с което се транспонира Директива 2014/24.[110] ЕК е дала срок от два месеца за отговор на България. В края на същата година, Европейската комисия известява обществеността, че е решила да изпрати допълнително уведомително писмо до България по същата процедура, за да изиска повече информация относно националното законодателство.[111] ЕК отново е предоставила два месеца за отговор. Три години и половина по-късно, през юли 2023 година, Европейската комисия изпраща мотивирано становище до България за несъответствие на българското законодателство с разпоредбите на директивата за обществени поръчки.[112] Трябва да се подчертае, че посочените от ЕК несъответствия със Съюзното право не касаят изрично дали частните лечебни заведения са в обхвата на ЗОП, а са относно изключването на "определени медицински продукти" и построяването на инженерни съоръжения по държавната граница от процедурата за обществени поръчки. Срокът за отговор е също така два месеца. Процедура № 2018/2268 продължава със съобщение на Комисията през април 2024 година за изпращане на допълнително мотивирано становище с аргумента, че България е изключила частни болници, които са отчасти финансирани с държавни средства, от обхвата на националните разпоредби при транспониране на директивата.[113] Срокът за отговор на България изтича на 24 юни. Според постоянната практика на СЕС наличието на неизпълнение на задължения трябва да се преценява с оглед на положението на държавата членка към момента на изтичането на срока в мотивираното становище от ЕК.[114] Тоест евентуални промени след 24 юни не могат да попречат на ЕК да продължи наказателната процедура в нейната съдебна фаза. От представената информация в Таблица 1, която се базира на публично достъпните известия на ЕК за статуса на наказателната процедура е видно, че несъответствие при транспонирането на Директива 2014/24 спрямо частните болници е експлицитно заявено от ЕК едва през 2024 год. в мотивираното становище.

110 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/MEMO_19_462

111 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/INF_19_6304

112 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/inf_23_3445

113 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/inf_24_1941

114 Виж дело **Комисия/Люксембург (C-274/15, т. 47)**.

Таблица №1 *Преглед на публично достъпната информация относно* **процедура № 2018/2268 на ЕК срещу България**

Информационен документ на ЕК от 24 януари 2019 г. относно производствата за установяване на нарушения	*"Комисията днес реши да изпрати официални уведомителни писма до 15 държави членки (България, [...]) относно съответствието на тяхното национално законодателство с правилата на ЕС в областта на обществените поръчки и концесиите. [...] Днешните писма са резултат от проверка за съответствие, проведена от Комисията с цел да се установи дали националните разпоредби за транспониране са в съответствие с директивите на ЕС. [...]"*
Решения по процедури за нарушение *от 27 ноември 2019 год.*	*"[...] Комисията реши също да изпрати допълнителни официални уведомителни писма на България и Италия, за да поиска от тях допълнителна информация за националните им правила, с които се транспонира същото [бел. ред. Директива 2014/24] законодателство на ЕС. Четирите решения, взети днес, са последващи действия във връзка с официалните уведомителни писма, изпратени през януари 2019 г., [...]."*
Решения по процедури за нарушение *от 14 юли 2023 г.*	*"Днес Европейската комисия реши да изпрати мотивирано становище на България (INFR(2018)2268) заради несъответствието на нейното национално законодателство с правилата за обществените поръчки (Директива 2014/24/ЕС). С българското законодателство се въвеждат две изключения от прилагането на правилата за обществените поръчки, а именно за определени лекарствени продукти и за изграждането и поддръжката на инженерни съоръжения от възпрепятстващ тип с цел опазване на държавната граница. Въпреки че България предприе действия за отстраняване на по-голямата част от проблемите, свързани с несъответствието, от започването на производството за установяване на нарушение през 2019 г., тя не го е направила за горепосочените изключения. [...]"*

Решения по процедури за нарушение *от 24 април 2024 г.*	*Европейската комисия реши да започне производство за установяване на нарушение, като [...] издаде мотивирани становища относно България(INFR(2018)2268) и [...] поради неспазване на законодателството в областта на обществените поръчки. [...] Комисията се обръща към държавите по различни въпроси, свързани, наред с другото, с [...] изключването на частните болници от правилата на ЕС за възлагане на обществени поръчки, дори когато те са частично финансирани с публични средства — в случая на България. [...]"*

6.3 Възможен развой на наказателната процедура пред Съда на ЕС

Ако Европейската комисия не е доволна от отговорите и действията на България и реши да заведе иск срещу страната в Съда на ЕС, то негативният изход със сурови финансови санкции за България, с които се плаши обществеността, съвсем не е сигурен. Причините са следните:

- наказателната процедура започва през 2019 с официално уведомително писмо, в което не е споменато конкретно, че Директива 2014/24 не е транспонирана правилно, защото частните болници са били оставени извън нейния обхват в България. Подобно нарушение се твърди едва през април 2024 година в мотивираното становище на ЕК. Разминаването между двата документа е в разрез с установената съдебна практика на СЕС, защото представлява сериозно нарушение на процедурните правила.
- Двумесечният срок, който ЕК дава на България за отговор на допълнителното си мотивирано становище, не е в духа на принципа на лоялно сътрудничество[115] с оглед динамичната политическа обстановка в България. На 9-ти април Президентът на България насрочва предсрочни избори, които да се проведат заедно с изборите за ЕП на 9-ти юни.[116] Макар и Парламентът на страната след последните промени в конституцията да продължава функционирането си до избиране на следващия състав на народното събрание[117], на 18-ти април, депутатите решиха да са във ваканция по време на

115 Съгласно този принцип, предвиден в член 4, параграф 3 от ДЕС, „Съюзът и държавите членки при пълно взаимно зачитане [трябва да] си съдействат при изпълнението на задачите, произтичащи от Договорите".

116 Виж Указ № 102 за насрочване на избори за Народно събрание на 9 юни 2024 г.

117 Член 64 от Конституцията на България.

предизборната кампания.[118] Всички тези факти са били известни на Комисията преди да обяви срок за отговор до 24-ти юни, но са игнорирани и ЕК не е проявила необходимата гъвкавост. Особеностите на парламентарната система в България и изборния процес не могат да осигурят адекватно приемане изискуемите от ЕК промени в ЗОП, когато има само 15 дни между деня на изборите и крайния срок на ЕК. В тези 15 дни не е практически, а и юридически възможно да бъдат обявени новите народни представители от ЦИК, да се закълнат, да структурират един функциониращ парламент, чийто комисии да започнат работа, пленарната зала да приеме изменения в закона, Президентът да подпише необходимия указ, да бъдат обнародвани в Държавен вестник и да влязат в сила. България е започвала инициативи да приведе ЗОП в унисон с искането на ЕК, но в частичната си предварителна оценка на въздействието, Агенцията по обществени поръчки е признала, че не е извършвана оценка и анализ на предложението да се премахне изключението за частните болници, което е също сигнал за необходимостта от време при подобен род законодателни изменения.

1.5. Посочете дали са извършени последващи оценки на нормативния акт или анализи за изпълнението на политиката и какви са резултатите от тях?

Последващи оценки и анализи за изпълнението на предложената мярка не са извършвани.

- От материалноправна гледна точка, както беше разгледано в анализа досега, България има сериозни аргументи, с които да обоснове начина си на транспониране на директивата и статута на частните болници спрямо режима за обществени поръчки.

118 *https://bntnews.bg/news/narodnoto-sabranie-izliza-vav-vakanciya-po-vreme-na-predizbornata-kampaniya-1275009news.html*

7/ Достъп до документи на ЕК свързани с наказателната процедура

За целта на този анализ изпратихме запитване до Европейската комисия по реда на Регламент 1049/2001 с оглед правото на достъп до документи на ЕС.[119] Преписката ни беше регистрирана на 9-ти май под номер 2024/2409, но тази административна процедура така и не е завършила до редакционното приключване на анализа. Причината за това е удължаването на срокът за отговор с допълнителни 15 дни от страна на Европейската комисия.[120] Запитването е с цел да установи причината, заради която Европейската комисия предприема наказателна процедура срещу България, както и да стане ясно на широката общественост[121] дали ЕК е извършила необходимия правен и икономически анализ за транспонирането на Директива 2014/24 в България. Също така запитването цели да установи дали Комисията разполага със сравнителен анализ между държавите членки по темата.

На 21-ви юни Европейската комисия предостави своя отговор, в който установява 27 документа в обхвата на запитването и отказва достъп до всеки един от тях. Отказвайки оповестяване на всички 27 документа Комисията се позовава на защитата на конфиденциалността на документи отнасящи се до дейности по инспектиране, разследване и одит, в това число и наказателните процедури на ЕК.[122] Въпреки че се възползва[123] от 15 допълнителни работни дни, за да изготви отговора си, Комисията не обозначава нито дали и колко документа са установени към предварително зададените категории документи, за които е подадено запитването, нито категоризира установените документи към коя група принадлежат. В следствие на това не е възможно да се установи дали са директно свързани с наказателната процедура или се касаят до икономически и правни анализи за транспонирането на Директива 2014/24 в България и други държави от ЕС с оглед приложението и към частните болници, до които също бе поискан достъп. Към отказа на ЕК е приложена таблица изброяваща всички 27 документа с техните наименования, език и изключението, което ЕК прилага, за да не предостави достъп. От заглавията на документите (писма/имейли) ясно личи, че те представляват комуникацията между ЕК и България в досъдебната административна фаза на наказателната процедура през последните 5 години. Нито един от документите няма заглавие, което дори да загатва, че би съдържал обективен анализ от страна на ЕК за това как Директива 2014/24 се прилага в България

119 Също така установено в първичното право на ЕС - виж член 15 от ДФЕС.

120 Съгласно член 7, параграф 3 от Регламент 1049/2001.

121 Документите оповестени по реда за достъп до документи на ЕК се публикуват в обществено достъпна база от данни https://ec.europa.eu/transparency/documents-request/search

122 Член 4, параграф 2, трето тире от Регламент 1049/2001.

123 Член 7, параграф 3 от Регламент 1049/2001.

и в други страни членки, що се отнася до частните лечебни заведения. В отговора си ЕК също така не посочва нито един вече публично известен документ на сайта си, който да отговаря на запитването за подобен анализ. Взимайки предвид факта, че според ЕК всички 27 документа са защитени от конфиденциалността на незавършилата наказателна процедура, както и от заглавията на идентифицираните документи и липсата на други, които да са по принцип достъпни за обществеността, се стига до извода, че Европейската комисия не е извършила правен или икономически анализ, с който да обоснове започналата наказателна процедура срещу България.

Макар и съдебната практика на СЕС досега да е установила обща презумпция за конфиденциалност на документите свързани с наказателна процедура,[124] отказът е в колизия с обществения интерес. Заинтересованите страни в България като фармацевтичната индустрия, частните лечебни заведения, пациентските организации и др., се нуждаят от адекватна информираност, ако парламентът реши да предприеме законодателни мерки в следствие на наказателната процедура. Запитващата страна има право да обжалва отговора на ЕК и за тази цел ще бъде депозирано така нареченото потвърдително заявление, което е молба за преразглеждане на отговора по първоначалното запитване в тази двуетапна административна процедура.[125] Ако отново документите не бъдат предоставени, тогава заявителят може да обжалва пред Съда на ЕС или да подаде жалба пред Европейския омбудсман за установяване на лошо администриране от страна на ЕК.[126]

124 Виж съединени дела **LPN (C-514/11 P и C-605/11 P)**.

125 Член 8, параграф 1 от Регламент 1049/2001.

126 Член 8, параграф 3 от Регламент 1049/2001.

ЕК
ИП
ЕКСПЕРТЕН КЛУБ ЗА
ИКОНОМИКА И ПОЛИТИКА